



Revista Digital de Derecho Administrativo

ISSN: 2145-2946

Universidad Externado de Colombia

REY-ORTIZ, ANDRÉS EDUARDO

Alcance del control judicial de los actos administrativos del regulador del sector eléctrico en Colombia

Revista Digital de Derecho Administrativo, núm. 28, 2022, pp. 89-127

Universidad Externado de Colombia

DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.04>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503873276004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

UAEH [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Alcance del control judicial de los actos administrativos del regulador del sector eléctrico en Colombia

ANDRÉS EDUARDO REY ORTIZ<sup>1</sup>

## RESUMEN

El alcance del control judicial a los actos administrativos expedidos por las autoridades regulatorias plantea importantes tensiones. La presente investigación encuentra que este control realmente oscila entre un control pleno y la deferencia judicial, escenario en el que la asimetría de información que detenta el regulador y aquella de que dispone el juez juega un papel fundamental. La calidad regulatoria como un proceso cualificado durante la expedición de la regulación permitiría reducir esta asimetría, lo que puede tener consecuencias importantes sobre la forma en que los jueces abordan las controversias que estos actos suscitan. La imposición del respeto de las exigencias derivadas de la calidad regulatoria a autoridades como la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), hace que el juez cuente con mayor información y, de este modo, facilita el control de sus actos.

**Palabras clave:** control judicial, Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), regulación, discrecionalidad administrativa, asimetría de la información, calidad regulatoria.

1 Master en Derecho Administrativo y especialista en Regulación de Energía y Gas de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Consultor independiente en servicios públicos domiciliarios, derecho del consumidor y asuntos regulatorios para los sectores de energía eléctrica y gas en Colombia. Correo-e: andreseduardoreyo@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9784-7635>. Fecha de recepción: 12 de marzo de 2022. Fecha de modificación: 7 de abril de 2022. Fecha de aceptación: 30 de abril de 2022. Para citar el artículo: REY ORTIZ, ANDRÉS EDUARDO, "Alcance del control judicial de los actos administrativos del regulador del sector eléctrico en Colombia", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, 2022, pp. 89-127. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n28.04>

# The Scope of Judicial Review of the Acts of the Energy Sector Regulator in Colombia

## ABSTRACT

The scope of judicial review of the acts of regulatory agencies conveys significant conflicting points of view. This research aims to explain how control oscillates between full review and judicial deference to administrative agencies, and how in this scenario the asymmetry in the information of the regulator and that of the judge plays a significant role. Regulatory quality, as a qualified standard in the rulemaking process, can reduce this asymmetry and have important consequences in the judicial approach to disputes regarding agency rules. The respect of regulatory quality requirements during the issuance of the final rule by the energy sector regulator, allows the judge to have more information, and thus facilitates judicial review of its acts.

**Keywords:** Judicial Review, Energy and Gas Regulatory Commission (CREG), Regulation, Administrative Discretion, Information Asymmetry, Regulatory Quality.

## INTRODUCCIÓN

Frente a los actos administrativos expedidos por las autoridades regulatorias el control judicial se repliega y, dentro de las distintas causas, la asimetría de información entre el juez y el regulador parece jugar un papel fundamental. Si bien, en el Estado social de derecho no hay actos administrativos que no sean susceptibles de control judicial, aquellos de contenido técnico-económico expedidos por los órganos encargados de la actividad regulatoria, como las comisiones de regulación, ponen en evidencia ciertas restricciones en cuanto al alcance de este.

Dicho control hace parte significativa del quehacer de la jurisdicción contencioso-administrativa y tradicionalmente se concibe a los jueces como los controladores naturales de la actividad de administración<sup>2</sup>. Sin embar-

- 2 Camilo Perdomo explica cómo se identifica al juez como el controlador natural de la Administración, en los siguientes términos: "Teóricamente el modelo de Estado de derecho y la dogmática tradicional del derecho administrativo sirvieron de base para la actual identificación del control administrativo con el juez, pues en su lectura conjunta se concibe a este último como el controlador natural de la acción administrativa porque, en esencia, es el único sujeto con el poder, las competencias y las herramientas para fiscalizar eficaz y directamente el ejercicio de la función administrativa". CAMILO

go, respecto de los actos expedidos por los reguladores económicos, en la práctica sigue teniendo total interés preguntarse si el juez realiza un control pleno, puede o inclusive si debe hacerlo.

Para efectos de este análisis entendemos el término *regulación* en un restringido como las acciones de intervención del Estado en actividades económicas concretas<sup>3</sup> y, específicamente, al establecimiento de reglas para un sector económico en particular, como el de los servicios públicos domiciliarios, expedidas por órganos de carácter técnico especializado como es el caso de las comisiones de regulación. Esto, sin desconocer que la regulación como actividad, en líneas generales, comprende todas las decisiones tomadas por el Estado respecto de la economía y la sociedad. Desde esta perspectiva, ella hace referencia a la intervención estatal en las distintas actividades, sean estas económicas o de otra naturaleza<sup>4</sup>, y puede comprender

PERDOMO VILLAMIL, "Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática". En Julián Andrés Pimiento Echeverri (ed.), *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo. Las dimensiones del control sobre la actividad administrativa*, t. 3, *Homenaje al profesor Luciano Vandelli*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 355.

- 3 Al respecto, Juan José Montero define la *regulación* señalando: "La actividad de la Administración consistente en el control continuo de un mercado mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés general objetivamente determinadas, según la valoración que en su ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración". JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia: Tirand lo Blanch, 2014, p. 40.
- 4 El profesor Luis Ferney Moreno conceptualiza la regulación en los siguientes términos: "Proponemos como definición que regulación es una función de intervención del Estado cuyo protagonismo está en cabeza de la actividad de la Administración pública, con la participación del Poder Legislativo y del Poder Judicial, consistente en dictar normas jurídicas o normatividad de carácter general de contenido normativo (contratos, trámites, procedimientos, etc.), económico (precios, calidad, cantidad, competencia), social (derechos laborales, participación comunitaria, desarrollo social) o técnico (reglamentos técnicos), según el caso, que se dictan dependiendo de las actividades económicas, las actividades no económicas, los bienes privados y los bienes públicos, mediante técnicas tradicionales como: prohibiciones, autorizaciones, ordenes, restricciones de derecho, establecimiento de derechos, restricciones de derecho, imposición de obligaciones, trámites y permisos, mediante nuevas técnicas o alternativas de regulación como: regulación por incentivos, regulación por economía conductual, regulación responsiva, regulación por riesgos, regulación por desempeño, autorregulación o corregulación, para que se cumpla unos objetivos públicos trazados por la Constitución y la ley; esto es, que prevalezca el interés general, pero en una versión integradora donde sea proporcional la prevalencia del interés general frente al interés particular". LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, *Teoría de la regulación. Hacia un derecho administrativo de la regulación*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 27.

tanto la expedición de normas como las actividades de vigilancia y control<sup>5</sup>, fomento, resolución de controversias y demás instrumentos de intervención empleados por el Estado<sup>6</sup>.

La expedición de actos administrativos por parte de los reguladores, en este caso la Comisión de Regulación de Energía y Gas, muestra un escenario complejo desde el punto de vista del control, puesto que lleva aparejado el ejercicio de facultades discrecionales<sup>7</sup>, la concreción de conceptos jurídicos indeterminados y, todo esto, a partir de análisis técnicos y económicos por parte de expertos<sup>8</sup>.

La doctrina se ha ocupado del control de tales actos a propósito de la denominada *discrecionalidad técnica*, para determinar si es posible el control de estos y cuál es su alcance. Sobre el tema, como lo señala el profesor Hugo Marín Hernández<sup>9</sup>, la doctrina se ha ubicado en extremos opuestos, desde quienes consideran que estos actos no están sujetos a control o son

- 5 El profesor Aníbal Zárate explica en detalle cómo en el sector de los servicios públicos la facultad sancionatoria tiene una especialidad relativa, en la medida en que si bien la potestad sancionadora por incumplimientos regulatorios está en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, esta competencia no es exclusiva, en la medida en que la Superintendencia de Industria y Comercio es la competente para conocer privativamente de las infracciones a las normas de protección de la competencia, así mismo recuerda que las comisiones de regulación tiene potestad sancionatoria en los casos en que los agentes regulados no proporcionan la información requerida. ANÍBAL ZÁRATE PÉREZ, "La especialidad relativa de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón López (eds.), *El poder sancionador de la Administración pública: Discusión, expansión y construcción*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 775-853.
- 6 A propósito de este tema, Enrique Gil Botero afirma que: "puede encontrarse otro tipo de instrumentos, carentes del elemento coercitivo, como, por ejemplo, las recomendaciones, las orientaciones, los incentivos, etc.". ENRIQUE GIL BOTERO. "La valoración jurídica de las manifestaciones normativas de las comisiones de regulación: los sutiles límites entre la función administrativa que les es propia y las funciones legislativa y judicial". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 3, 2009, p. 10. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2570/2212> [última consulta: 13 de junio de 2020].
- 7 Hugo Alberto Marín define la *discrecionalidad administrativa* como el: "margen de relativa libertad decisonal que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa". HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 175.
- 8 De acuerdo con el parágrafo 1.º del artículo 21 de la Ley 143 de 1994, los expertos comisionados deben cumplir deben contar con formación especializada y reconocida experiencia técnica.
- 9 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, op. cit., p. 45.

susceptibles de un control limitado hasta la posición asumida por algunos que propugnan por un control pleno.

Pero, más allá de la posición a asumir sobre cuál debe ser el alcance del control judicial, deben considerarse las limitaciones prácticas, dentro de las cuales se encuentra la asimetría de información, tema estudiado principalmente por los economistas, consistente en que quienes actúan en los mercados habitualmente no cuentan con la misma información y, por consiguiente, las partes en las distintas relaciones económicas no se encuentran en condiciones de igualdad en materia de información<sup>10</sup>. En el ámbito regulatorio no son extrañas las referencias a la asimetría de información de la autoridad respecto de los agentes regulados, planteándola como una limitación a la actividad del regulador<sup>11</sup>, así como la de los usuarios frente a los agentes prestadores de los servicios o la presentada en las relaciones de consumo en general<sup>12</sup>.

El control judicial a los actos del regulador, además de afrontar la evidente diferencia entre el conocimiento técnico del regulador en ejercicio de la función administrativa y el saber del juez, quien debe controlarla, también enfrenta una situación de asimetría entre la información que dispuso el regulador y aquella de la cual dispone el juez. La pregunta que surge acá está dirigida a establecer el posible efecto de la calidad regulatoria, sobre el

10 El Premio Nobel de Economía Joseph E. Stiglitz, refiriéndose a la asimetría de información expresa: "Las imperfecciones en la información son omnipresentes en la economía: de hecho, es difícil imaginar cómo sería un mundo con información perfecta. Gran parte de las investigaciones que estoy describiendo se centran en las asimetrías de información, el hecho de que diferentes personas saben cosas distintas. Los trabajadores saben más que su empresa respecto a sus capacidades; la persona que suscribe un seguro conoce mejor su salud, por ejemplo, si fuma o bebe en exceso, que la compañía aseguradora. De forma similar, el propietario de un coche lo conoce mejor que los posibles compradores; el propietario de una empresa tiene un mejor conocimiento de la misma que un posible inversor; el prestatario tiene un mayor conocimiento del grado de riesgo de su proyecto que el prestamista; etc.". JOSEPH E. STIGLITZ, "La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica", *Revista Asturiana de Economía*, n.º 25, 2020, pp. 111-112.

11 Por ejemplo, el Documento CREG 103 de 2020 sobre las condiciones para implementar la infraestructura de medición avanzada en el SIN.

12 Sobre el aspecto, Constanza Blanco destaca: "La información es fundamental para la protección de los consumidores, en diferentes escalas: en forma ascendente, en complejidad, se trata de consumidores 'simples', consumidores financieros e inversionistas consumidores. Esta escala propuesta está asociada a una 'creciente' sofisticación en las características de los bienes, servicios y productos adquiridos, que podría estar asociada a un mayor riesgo en la medida en la que se 'sube' en la misma". CONSTANZA BLANCO BARÓN, "La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores", *Opinión Jurídica*, vol. 11, n.º 21, 2012, p. 138.

control judicial a estos actos<sup>13</sup>, así como el potencial papel del juez contencioso como garante de esta.

Para el efecto, la temática se desarrolla de la siguiente manera: en el primer capítulo se analiza la tesis del control pleno como manifestación del principio de legalidad y las tensiones allí derivadas. El segundo expone la antítesis de lo anterior, es decir, la posición que aboga por el ejercicio de un control limitado y la deferencia judicial frente a los actos regulador. Y, en un tercer acápite, se plantea una posición intermedia en la cual, aceptando la oscilación del control entre el control pleno y la deferencia, se destaca la necesidad de reducir la asimetría de información entre el juez y el regulador, a través de los mecanismos de calidad regulatoria, valorando el papel del juez como garante de esta.

## 1. LA AFIRMACIÓN DEL CONTROL JUDICIAL PLENO A LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS Y LAS TENSIONES QUE GENERA

La posición que propende un control judicial pleno a los actos administrativos de contenido regulatorio, dentro de los cuales están los expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), se fundamenta especialmente en el principio de legalidad; la inexistencia de disposiciones que lo limiten en el ordenamiento jurídico; las amplias facultades atribuidas a la CREG, a las cuales se considera debe corresponder un control reforzado; y la inexistencia de controles distintos al judicial. El propósito de esta primera parte es analizar, inicialmente, la postura que aboga por el control pleno y las tensiones derivadas de esta.

### 1.1. EL CONTROL PLENO A LOS ACTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS COMO MANIFESTACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

En el ordenamiento jurídico colombiano no se encuentra una limitación expresa para el control judicial de los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas en cuanto a su contenido. Sin embargo, persiste la discusión sobre el alcance de dicho control; es decir, si este debe ser un control negativo que llegue hasta la anulación del acto o si el juez puede incluso llegar a sustituir o modificar las medidas tomadas por el regulador.

13 El control judicial en general se ejerce por vía de acción, principalmente en ejercicio de los medios de control previstos en los artículos 136 y 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

Para responder esta pregunta desde la perspectiva que aboga por un control pleno, es necesario empezar por señalar que los actos de las autoridades administrativas, dentro de las cuales se encuentra la mencionada comisión, están sujetos al principio de legalidad<sup>14</sup> y, en general, al sistema de fuentes<sup>15</sup>. Asimismo, aun cuando se trata de actos proferidos en ejercicio de facultades discrecionales, estos deben ser adecuados a los fines previstos en la norma que las confiere y proporcionales a los hechos que se pretenden intervenir o regular<sup>16</sup>. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.º de la Ley 142 de 1994, las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos previstos en la referida ley y ser expresos y comprobables.

Ahora bien, desde esta perspectiva del control pleno, resulta de particular interés referirse a las características de la Comisión. En cuanto a su naturaleza, la Comisión de Regulación de Energía y Gas es una unidad administrativa especial sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Minas y Energía, o sea, una entidad del sector central de la rama ejecutiva del poder público, que ejerce las funciones generales previstas en el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 y aquellas delegadas por el presidente de la República mediante los decretos 1524 y 2253 de 1994.

En relación con esta autoridad, no pueden perderse de vista dos aspectos importantes: el primero, que en la Comisión participan los ministerios de Minas y Energía, Hacienda y Crédito Público, el Departamento Nacional de Planeación y los ocho expertos comisionados, cuyo perfil es técnico. Dada la formación y experiencia exigida para el rol, los últimos son designados por el presidente de la República y tienen período fijo<sup>17</sup>. Entonces, si bien la entidad es de carácter técnico en su composición, orgánicamente no es independiente del gobierno nacional<sup>18</sup>. El segundo aspecto a considerar es que, además

14 Mediante la sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, expediente D-2863, el tribunal constitucional señaló cómo los actos del regulador están sujetos a las normas superiores: "Aquella tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros".

15 LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, "Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana", *Revista Derecho del Estado*, n.º 37, 2016, pp. 165-188.

16 El artículo 44 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone: "En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa".

17 Ver artículo 2.º del Decreto 1260 de 2013.

18 Sobre el tema de la independencia resulta ilustrativo mencionar que con anterioridad al Decreto 1260 de 2013, la CREG estaba por un número par de miembros. La Resolución



de las delegadas por el presidente de la República, la CREG ejerce funciones directamente atribuidas por el legislador<sup>19</sup>. Las facultades de la CREG compiladas en el literal *a* del artículo 4.º del Decreto 1260 de 2013 para el sector de energía eléctrica son indicativas del contenido técnico-económico de sus actos y el grado de discrecionalidad atribuido a esta autoridad<sup>20</sup>.

Las características reseñadas llevan a preguntarse si a este importante margen de acción debería corresponder un control judicial en condiciones de fiscalizar la legalidad de dicho tipo de decisiones o si, por el contrario, en este caso el juez debería abstenerse de valorar los análisis realizados por el regulador. Frente a la pregunta, siguiendo el planteamiento de Montero Pascual, podría afirmarse que a las amplias facultades conferidas al regulador debería corresponder un control judicial reforzado, que comprenda además de garantías procedimentales la posibilidad de controlar la proporcionalidad de las medidas tomadas<sup>21</sup>. De acuerdo con el autor, a la discrecionalidad propia de la actividad regulatoria de la Administración debe corresponder

063 de 1999, su reglamento interno, no estableció una regla en caso de empate en las decisiones. Por tal razón el Decreto 314 de 2002 señaló que, de subsistir un empate decidiría el Ministerio de Minas y Energía. El Consejo de Estado, en sentencia del 10 de mayo de 2007, negó las pretensiones de una demanda de nulidad sobre la mencionada norma, señalando que resultaba ajustado a la Constitución y a la ley que fuera el ministro de Minas y Energía quien dirima los empates, por tratarse de la autoridad que dirige la política del sector. Actualmente conforma la comisión un número impar de miembros y el reglamento está contenido en la Resolución 039 de 2017.

- 19 Respecto a dicha atribución a las comisiones de regulación, Édgar González explica: "Por regla general, la competencia legislativa en materia de servicios públicos pertenece al Congreso, el cual tiene la facultad de definir el régimen jurídico de los servicios públicos y los derechos y deberes de los usuarios. Sin embargo, nada obsta para que el legislador expida una ley que contenga los lineamientos generales de los servicios públicos y los contenidos mínimos para definir el régimen de regulación de estos servicios". ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ, *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 562-563.
- 20 En este punto, Hugo Marín señala: "cuando estamos en presencia de facultades discrecionales la autoridad administrativa se encuentra frente a disposiciones que le confieren esa mayor o menor libertad de juicio y decisión, habida cuenta que alguno de los elementos integrantes de la norma jurídica que aplica (de acuerdo con su estructura clásica, al que recién aludimos, supuesto de hecho y consecuencia jurídica) no ha sido agotado y plenamente completado por el legislador". HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, *Discrecionalidad administrativa*, op. cit., pp. 141-142.
- 21 El autor señala: "Fundamentales son en este nuevo marco las garantías a otorgar al ciudadano para la protección de sus derechos o intereses. Así, surge la necesidad de establecer específicas garantías constitucionales y procedimentales, algún tipo de control político y, sobre todo un reforzamiento del control jurisdiccional sobre la actividad discrecional del regulador, al menos enjuiciando la proporcionalidad de la intervención reguladora". JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia: Tirand lo Blanch, 2014, p. 47.

una extensión del control jurisdiccional, para lo cual plantea la existencia de tribunales especializados, un procedimiento de expedición escrupuloso, la exigencia reforzada de motivación y la participación de peritos en el análisis de las controversias respecto de sus actos. Sobre la exigencia reforzada de motivación coinciden Schmidt-Assmann<sup>22</sup> y Gaspar Ariño<sup>23</sup> cuando afirman que la Administración continúa sujeta a decisiones argumentadas, transparentes y fundamentadas fáctica y jurídicamente, haciendo explícitas las razones de oportunidad y conveniencia, donde el papel del juez sigue siendo relevante. En la misma línea, Cassagne y Fernández señalan que el juez puede abarcar también los aspectos de oportunidad y técnicos con el fin de controlar la arbitrariedad<sup>24</sup>. En Colombia, Luis Ferney Moreno<sup>25</sup> y David Guinard<sup>26</sup> sostienen similar posición doctrinal.

- 22 "En ese sentido, la discrecionalidad se traduce en una facultad específica de la actuación administrativa sujeta a reglas que reconduzcan a la Administración a la adopción de decisiones verdaderamente justificadas y transparentes, decantando para el efecto la totalidad de los argumentos fácticos y jurídicos en que se sustenta, al igual que las razones de conveniencia u oportunidad en que se funda, de ser el caso, esto es, verdaderamente ponderadas". EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Teoría general del derecho administrativo como sistema, objeto y fundamento de la construcción sistemática*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública - Marcial Pons, 2003, p. 220, citado por JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Compendio de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 281.
- 23 "La apreciación y valoración de estos factores no es algo que pueda preverse con detalle en una norma escrita [...]. Por ello, el acto administrativo del ente regulador tendrá siempre una capacidad creadora, un ámbito de flexibilidad del que no gozan habitualmente las decisiones de la Administración ordinaria. Justamente por ello, es especialmente exigible una amplia motivación de los mismos. La decisión debe ser especialmente transparente y argumentada. Solo así, es pensable su revisión judicial". GASPAR ARIÑO ORTIZ, "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de derecho", *Revista de Administración Pública*, n.º 182, 2010, p. 19.
- 24 JUAN CARLOS CASSAGNE y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Temas del derecho público. Legalidad, discrecionalidad, sistema y control judicial*, Buenos Aires: IB de F, 2017.
- 25 El autor explica su posición en los siguientes términos: "el control jurisdiccional no solamente debería ser un juicio de legalidad sino también de conveniencia y oportunidad mediante la aplicación del juicio de la proporcionalidad". LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, *Teoría de la regulación*, op. cit., p. 80.
- 26 "El alto grado de técnica y la pretensión de independencia que permea la regulación económica no pueden convertirse en excusa que patrocine el abuso por parte del regulador. La regulación económica, en tanto imparcial e independiente, debe contar con un estricto control judicial que proteja a los sujetos regulados, y en últimas a los propios mercados, de los posibles excesos cometidos por el regulador, así como del ya reconocido riesgo de captura por parte de los sujetos regulados". DAVID GUINARD HERNÁNDEZ, "La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, 2017, pp. 215-217. Disponible en: <https://revistas.externado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5010/5998> [última consulta: 31 de marzo de 2021].

## 1.2. LAS TENSIONES GENERADAS POR EL CONTROL A LA DISCRECIONALIDAD DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

De la afirmación del control pleno derivan complejidades relevantes<sup>27</sup> relacionadas con la tensión generada en aceptar que el juez, al conocer de los medios del control, pueda terminar sustituyendo a la autoridad administrativa y regulando en materias técnicas y económicas, cuando ha sido el legislador quien ha investido, en este caso a la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG), de dicha competencia<sup>28</sup>.

A lo dicho se suman elementos como la asimetría de conocimiento e información entre la Administración y el juez<sup>29</sup>, y los efectos adversos que podrían derivar de esta revisión judicial. Para Robert A. Kagan, si bien el denominado *legalismo adversarial*, es decir, la proliferación de litigios frente a decisiones de las autoridades administrativas, incluidas las agencias reguladoras en los Estados Unidos, ha tenido efectos positivos en la reivindicación de derechos colectivos, para dichas agencias ha implicado la paralización de su actividad no solo por la duración de los procesos, sino porque deben realizar investigaciones y análisis adicionales para atender el litigio. Además, ante la potencial controversia tienden a ser mucho más legalistas y menos flexibles en sus decisiones<sup>30</sup>.

27 Por ejemplo, Gaspar Ariño se pregunta: "¿Hasta dónde puede llegar el control sobre actos de esta naturaleza?, ¿se trata simplemente de un control liminar, que recae sobre los elementos reglados del acto (procedimiento, competencia, hechos determinantes, razonabilidad y lógica interna de la decisión, existencia o no de motivación), o puede afectar también al núcleo interno de la misma, revisando la apreciación o valoración del interés público que haya realizado el Gobierno o el ente regulador (control sustancial, de fondo)? Aquí el estudiante (quizás también su profesor) no sabría muy bien qué responder". GASPARIÑO ORTIZ, "El control judicial de las entidades reguladoras" *op. cit.* p. 11.

28 Al respecto Miguel Sánchez Morón explica: "Pero, como se ha razonado, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta y opinable. Por eso, salvo crasos errores de apreciación no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces". MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1994, p. 129.

29 "Tal circunstancia implica, desde luego, un problema inherente a la administración de justicia: el alto nivel técnico de las medidas regulatorias representa una dificultad para el juez al momento de calificar la corrección técnica de los actos sometidos a su control. El regulador es regulador en tanto ha sido designado como técnico exclusivo para la disciplina de mercados específicos. La órbita del juez (técnico de la ciencia jurídica) se escapa de la profundidad de la técnica regulatoria". DAVID GUINARD HERNÁNDEZ, "La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía", *op. cit.*, p. 2018.

30 ROBERT A. KAGAN, "Las Cortes y el Estado administrativo: La evolución política del legalismo adversarial en los Estados Unidos". En Alberto Montaña Plata y Andrés

Dentro del análisis de esa tensión, el principio de separación de poderes adquiere especial relevancia<sup>31</sup> en la medida en que se plantea que el juez podría estar ejerciendo facultades propias de las otras ramas del poder público<sup>32</sup>. No obstante, esta afirmación parte de considerar que el juez contencioso está siempre en posibilidad de anular el acto administrativo mediante el cual la Comisión tomó la medida correspondiente y emitir una regulatoria, sustituyendo a la CREG en sus competencias, lo que se descarta. De lo que se trata es de las necesarias condiciones del juez para analizar además de los aspectos formales del acto, si este cuenta con una motivación razonable, si el regulador ha cumplido sustancialmente su obligación de comprobar los hechos que fundan su decisión, si son claras las razones de oportunidad y conveniencia, o si las discusiones presentadas durante el proceso previo a la expedición del acto, así como el impacto y la proporcionalidad de la medida.

En lo que se refiere al alcance del control, pueden observarse dos tipos de controversias. Un primer grupo lo conforman acciones o medios de control con pretensión de nulidad en las cuales se invoca solamente como causal la violación de las normas superiores. En estos casos, el Consejo de Estado ha proferido decisiones de anulación e incluso ha ordenado la suspensión provisional de actos administrativos en asuntos en los que el acto

Fernando Ospina Garzón (eds.). *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al derecho administrativo. XIV Jornadas de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 301.

- 31 Sobre aquel, Andrés Ospina explica: "La separación, como principio negativo, busca evitar la concentración en términos reales: que los jueces no absorban a la Administración, a través del control, ni que la Administración absorba toda la función jurisdiccional, usurpando la esencia de sus funciones o dándole órdenes que la subordinen de facto al ejecutivo". ANDRÉS FERNANDO OSPINA GARZÓN, "Separación de poderes y derecho administrativo: En la búsqueda de la partícula de Dios". En Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014, p. 141.
- 32 Sobre ello, Juan Carlos Cassagne refiere: "En el ejemplo que expone la doctrina española nadie podría sostener que el juez posee competencia constitucional para disponer por qué sitio o lugar debe pasar una carretera ya que al no existir un derecho o interés en el trazado no hay conflicto o caso que justifique la función jurisdiccional. En cambio, el juez podría disponer, si el trazado es caprichoso y, por tanto, irrazonable y lesiona el derecho de propiedad de una persona, que la Administración deje sin efecto el trazado y realice uno nuevo. Esta sería, desde luego, una situación extrema que pondría a prueba la prudencia y el equilibrio que debe caracterizar a toda decisión judicial que sobre la base de la armonía de los poderes respete el esquema divisorio". JUAN CARLOS CASSAGNE, "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial", *Revista Jurídica Argentina La Ley* [en línea], n.º 187, 2008, p. 19. Disponible en: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_prohibicion\\_de\\_arbitrariedad\\_y\\_el\\_control\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa\\_por\\_el\\_poder\\_judicial.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf) [última consulta: 2 de abril de 2021].

expedido por el regulador entra en evidente contradicción con normas de superior jerarquía, en particular con las disposiciones de las leyes 142 y 143 de 1994, sin ahondar en una discusión de contenido técnico-económico en ninguno de ellos. Como ejemplos de tal tipo de controversias se encuentra la sentencia del 2 de mayo de 2007 que declaró la nulidad condicionada del literal *a* del artículo 10 de la Resolución CREG 051 de 1998<sup>[33]</sup>, mediante el cual se establecía que solo podían participar en convocatorias para la construcción de redes de transmisión aquellas empresas cuyo objeto exclusivo fuera la actividad de transmisión de energía. Al restringir la participación de empresas con objeto múltiple, la norma contradecía el artículo 73 de la Ley 143 de 1994, pues este autoriza a las empresas constituidas con anterioridad a la expedición de esa ley tener objeto múltiple y, por ende, desarrollar actividad de transmisión junto con otras actividades de la cadena eléctrica.

Asimismo, la sentencia del 30 de julio de 2008 declaró la nulidad del artículo 54 de la Resolución CREG 108 de 1997<sup>[34]</sup>, al establecer la facultad para las empresas de energía eléctrica y gas de imponer sanciones pecuniarias a los usuarios. La nulidad se fundamentó en que la Ley 142 de 1994 no atribuyó tal competencia a las empresas ni al regulador. Sobre el tema, en sentencia SU-1010 de 2008, la Corte Constitucional llegó a la misma conclusión y unificó su posición, señalando cómo las empresas de servicios públicos no tienen atribución legal para imponer sanciones pecuniarias a los usuarios del servicio.

En el mismo grupo se resalta la sentencia del 16 de febrero de 2012<sup>[35]</sup>, donde se anuló el parágrafo 2.º del artículo 3.º de la Resolución CREG 083 de 2002 que establecía, dentro de los cargos por concepto de servicios de despacho y coordinación prestados por el Centro Nacional de Despacho a pagar por las empresas, incluir los gastos de defensa judicial, a pesar de que las leyes 142 y 143 de 1994 solo facultaban a la CREG para incluir los costos asociados específicamente a dichos servicios. Para el Consejo de Estado, si bien los agentes del mercado deben contribuir con los costes asociados a los servicios prestados por el Centro Nacional de Despacho, no es viable incluir dentro de estos los correspondientes a honorarios de defensa judicial, ajenos a los gastos de despacho y coordinación del sistema interconectado nacional.

Con igual orientación se destaca el auto del 19 de diciembre de 2018, el cual decretó la suspensión provisional del artículo 1.º la Resolución CREG

33 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia Rad. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257) del 2 de mayo de 2007.

34 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia Rad. 11001032600020040003 del 30 de julio del 2008, Corporación Liga de Usuarios de Servicios Públicos de Barranquilla contra Comisión de Regulación de Energía y Gas.

35 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Rads. 1100103240020030025401 y 1100103240020030053701 del 16 de febrero de 2012.

095 de 2007, que prohibió a las empresas constituidas con anterioridad a la expedición de la Ley 143 de 1994 absorber mediante procesos de fusión a aquellas constituidas después de dicha expedición<sup>36</sup>. La discusión se originaba en que las empresas constituidas con anterioridad a la expedición de la Ley 142 de 1994 podían estar integradas verticalmente, mientras las nuevas debían cumplir con la regla de desintegración vertical y desarrollar las actividades de forma separada. En este caso, el juez contencioso consideró que la Ley 143 de 1994 no fijaba limitación para las empresas constituidas con anterioridad a su entrada en vigencia y estas pudieran realizar procesos de integración societaria, incluyendo la absorción de nuevas empresas.

Ahora, un segundo grupo comprende los eventos que involucran discusiones de orden técnico o económico, y se presentan cuando los cargos de nulidad se enfocan en la motivación técnico-económica del acto y en la proporcionalidad de la medida. En este tipo de controversias no ha sido posible identificar un fallo anulatorio, aun así se analizarán dos casos ilustrativos de este conjunto de decisiones. Se trata de la providencia del 23 de agosto de 2012<sup>[37]</sup>, que resolvió una acción de nulidad contra la Resolución CREG 034 de 2001<sup>[38]</sup>, y algunas modificaciones incluidas en las resoluciones 038 del 29 de marzo y 094 del 21 de junio del mismo año<sup>39</sup>. Además, de la sentencia del 28 de agosto de 2017<sup>[40]</sup>, en relación con las resoluciones CREG 077 y 111 de 2000. Si bien se profundiza en las consideraciones de estos fallos la segunda parte, en este acápite se plantean ambos casos.

En cuanto a la sentencia del 23 de agosto de 2012, acá denominada *el caso de las reconciliaciones positivas*<sup>41</sup>, el Consejo de Estado estudió la legalidad de una medida de intervención tomada por el regulador, fijando un techo al

36 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto Exp. 11001-03-24-000-2013-00677-00 del 19 de diciembre de 2018.

37 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Rad. 1100103240002002007001 del 23 de agosto de 2012.

38 "Por la cual se dictan normas sobre funcionamiento del Mercado Mayorista de Energía", en sus artículos 1.º a 7.º.

39 Resoluciones por las cuales se aclaran y modifican algunas disposiciones de la Resolución CREG 034 de 2001. Esta última en los artículos 1.º, 2.º y 3.º.

40 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Exps. acumulados 11001-03-24-000-2001-00090-01 y 11001-03-24-000-2002-00122-01 del 14 de julio de 2017.

41 Reconciliación positiva: valor adicionado a los ingresos del generador. Aplica cuando la generación real es mayor a la generación ideal en una hora, y se calcula multiplicando la diferencia entre la generación ideal y la generación real por un valor unitario regulado (\$/kWh) llamado precio de reconciliación positiva. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS, *Metodología para el cálculo del precio de reconciliación negativa*, Documento CREG 060 del 13 de mayo de 2010. Disponible en: [http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/2b8fb06f012cc9c245256b7b00789b0c/55f5dbdfc5c0c3fc0525785a007a72bc/\\$FI](http://apolo.creg.gov.co/Publicac.nsf/2b8fb06f012cc9c245256b7b00789b0c/55f5dbdfc5c0c3fc0525785a007a72bc/$FI)

precio pagado a los generadores que despachaban su energía para atender restricciones del sistema, derivadas principalmente de la voladura de torres a finales de 2000<sup>[42]</sup>.

Respecto de la sentencia del 28 de agosto de 2017<sup>[43]</sup>, esta corresponde al *caso del cargo por capacidad*, en el cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas ejerció la competencia prevista en el literal *a* del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, consistente en crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera. En ejercicio de dicha facultad, la entidad expidió la Resolución 01 de 1996, creando el *cargo por capacidad*, y la Resolución 116 de 1996, que instituyó la forma como se liquidaría y pagaría tal cargo. En particular, el artículo 13 señaló que las disposiciones entrarían en vigencia a partir del 1.º de enero de 1997 y su permanencia sería revisada por la CREG diez años después, contados a partir de esa fecha.

El cargo por capacidad consistía en un ingreso para las empresas generadoras, a distribuir entre las plantas térmicas e hidroeléctricas según su capacidad de generación de energía<sup>44</sup>, y el pago le correspondía a la demanda de energía, esto es, a los usuarios del servicio. Su objetivo era remunerar a las plantas que estaban en capacidad de generar energía mientras el país enfrentara la condición climática de verano conocida como *fenómeno de El Niño*<sup>45</sup>, cuando se reduce el recurso hídrico y, por ende, la capacidad generadora de las hidroeléctricas<sup>46</sup>.

LE/D-060-10%20RECONCILIACI%C3%93N%20NEGATIVA.pdf [última consulta: 2 de abril de 2021].

42 Breve nota sobre las voladuras: quiénes lo hacían, por qué motivo.

43 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Exps. acumulados 11001-03-24-000-2001-00090-01 y 11001-03-24-000-2002-00122-01 del 14 de julio de 2017).

44 El cargo por capacidad fue sustituido por el cargo por confiabilidad, previsto en la Resolución CREG 071 de 2007 con un esquema de remuneración distinto, actualmente asociado a la energía en firme (Enfic) entregada por las plantas al sistema, obligación que deben respaldar con garantías bancarias y sujeta a auditorías, donde se verifica si la planta está en condiciones de generar la energía que se comprometió a entregar.

45 INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES, SUBDIRECCIÓN DE METEOROLOGÍA, *Modelo institucional del Ideam sobre el efecto climático de los fenómenos El Niño y La Niña en Colombia*, 2007, p. 7. Disponible en: <http://www.ideam.gov.co/documents/21021/440517/Modelo+Institucional+El+Ni%C3%B1o++La+Ni%C3%B1a.pdf/232c8740-c6ee-4a73-a8f7-17e49c5edda0> [última consulta: 4 de abril de 2021].

46 El gobierno nacional expidió el Decreto 570 de 2018 con el fin de promover la diversificación de dicha matriz. Dentro de la motivación de esta normativa se destaca que: "Estudios sectoriales realizados por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME), el Departamento Nacional de Planeación (DNP), la Organización Latinoamericana de Energía (Olade) e instituciones financieras colombianas evidencian el grado de

En los dos casos explicados, se estaría ante discusiones con un importante contenido técnico-económico puestas en consideración del juez contencioso administrativo. Las disputas presentadas en términos de cargos de nulidad de los mencionados actos administrativos son relevantes para el tema objeto de análisis del presente trabajo, pues en ellos el juez debió referirse a la motivación y proporcionalidad de la medida y resulta del mayor interés examinar si es posible encontrar matices que permitan identificar la posición del Consejo de Estado frente al alcance del control de los actos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

## 2. LA ALTERNATIVA DEL CONTROL JUDICIAL LIMITADO A LOS ACTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS Y SUS MANIFESTACIONES

Frente a la posición del control pleno, contrasta aquella según la cual los actos administrativos de contenido regulatorio expedidos por autoridades técnicas, como la CREG, deberían ser objeto de un control judicial limitado. En general, referente a los actos administrativos discrecionales, no necesariamente de contenido regulatorio, se ha discutido acerca del alcance del control judicial y si el juez puede llegar incluso a sustituir las decisiones de la Administración. A continuación se expondrá el tema, iniciando con los planteamientos acerca del control limitado, para luego analizar la postura asumida por el Consejo de Estado ante los casos de las reconciliaciones positivas y el cargo por capacidad.

### 2.1. EL CONTROL LIMITADO O LA DEFERENCIA JUDICIAL FRENTE A LOS ACTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

En la perspectiva del control limitado es posible encontrar distintas aproximaciones. El *primer enfoque* se centra en la imposibilidad del juez de sustituir o reemplazar la decisión de la autoridad administrativa. Al respecto, Hugo Marín señala que el principio general debe ser la *insustituibilidad* de la decisión de la Administración, es decir, se trataría de un control negativo que podría llegar hasta la anulación del acto<sup>47</sup>.

concentración de la generación eléctrica del país y recomiendan que la diversificación de la matriz de generación de energía eléctrica colombiana debe ser una de las medidas principales en procura de la mitigación y adaptación frente al cambio climático".

47 HUGO ALBERTO MARÍN HERNÁNDEZ, "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española", *op. cit.*, p. 146.



Un *segundo enfoque* se refiere al análisis mismo del acto del regulador en sus aspectos sustanciales. Gaspar Ariño afirma que los actos de las agencias reguladoras solo admiten un control formal y procedimental, y por consiguiente, el juez no tiene competencia para evaluar sustancialmente las medidas adoptadas por el regulador<sup>48</sup>. En igual dirección, Miguel Sánchez Morón<sup>49</sup> explica que, aun cuando el acto derivado de la discrecionalidad técnica debe ser objeto de un análisis riguroso, es imposible sustituir el margen de apreciación técnica dado a la Administración por la sana crítica del juez. A diferencia de la anterior perspectiva, la revisada no solo limita el alcance de los fallos, sino el control mismo sobre el contenido del acto, al descartar la posibilidad de que el juez cuestione el marco técnico de apreciación del regulador.

Acerca de las posturas sobre el control limitado, la doctrina de la deferencia frente a los actos de los entes reguladores permite identificar el *tercer enfoque*, consistente en el respeto hacia la interpretación de la ley hecha por el regulador. Para el efecto, se trae la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, en el caso *Chevron USA Inc. vs. Natural Resources Defense Council*, proferida el 25 de junio de 1984, donde se plantea una concepción de deferencia y se analiza cuál debería ser la posición de los tribunales frente a la interpretación que las agencias reguladoras hacen de los textos normativos.

Es significativo mencionar cómo, en este caso, no se presentó controversia en relación con los hechos que motivaron la decisión de la autoridad reguladora, sino sobre la interpretación de la norma que confirió la potestad a la agencia<sup>50</sup>, es decir, la discusión giró en torno a la premisa normativa del

48 "Su juicio no debe ser sustituido por la apreciación (discrecional también) del juez. Estas decisiones, en definitiva, no admiten un control sustancial o material, sino solo formal, procedimental, de 'hechos determinantes' o de pura 'razonabilidad' interna. Son controles de adecuación a Derecho en sus límites, no en su núcleo, sin perjuicio naturalmente de la exigencia de motivación fundada que el Gobierno (o el ente regulador) deberá dar a su decisión, sin la cual esta sería anulable. Tal es mi conclusión". GASPARIÑO ORTIZ, "El control judicial de las entidades reguladoras", *op. cit.* p. 23.

49 El estudioso considera: "La teoría de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, llámese como se llame, se basa en sólidas razones y no por casualidad se reconoce prácticamente en todos los ordenamientos de nuestro entorno. El reconocimiento del margen de apreciación técnica en que consiste está sometido a límites cada vez más rigurosos, según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, como se ha visto. Pero eso no significa eliminar ese margen de apreciación en favor de la también llamada sana crítica, que de hecho no supone sino sustituir una opinión de especialistas o expertos en cada materia por otra opinión de quien no lo es. Así lo ha entendido acertadamente la mayoría de la Sala en la sentencia que comentamos". MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN, "Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, del 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)". *Revista de Administración Pública*, n.º 197, 2015, p. 222.

50 "La cuestión central en el caso *Chevron* devenía de una regulación del Environmental

asunto. La Suprema Corte efectuó su análisis examinando si el legislador había establecido una regla expresa respecto de la cuestión, evento en el cual tanto el órgano regulador como el juez deben ceñirse a este lineamiento. Únicamente cuando la norma no es expresa o resulta de interpretación dudosa, y salvo que se identifique arbitrariedad, corresponde al juez respetar la interpretación realizada por la agencia reguladora, sin la posibilidad de reemplazarla con su propio criterio.

El fundamento de la doctrina bajo estudio se encuentra principalmente en dos criterios. El primero, de orden político, tiene que ver con la separación de poderes, pues ha sido el legislador quien ha conferido la facultad al órgano regulador para actuar en los temas de su competencia como si fuera el propio legislador y, por consiguiente, concierne a este desplegar un control político al ejercicio de la facultad otorgada. El segundo criterio lo constituye el especial conocimiento técnico que tiene la agencia de la materia regulada, el cual excede la especialidad del juez<sup>51</sup>.

Similar a lo sucedido con el control pleno, la defensa de un control judicial limitado también genera tensiones, principalmente en cuanto se considera que puede propiciar un importante grado de inmunidad de los actos del regulador. En el caso de la CREG, al no tratarse de una autoridad independiente del gobierno nacional, se crean inquietudes particulares sobre los efectos de la deferencia judicial frente a sus actuaciones<sup>52</sup>, sumado a que dadas las ampliar facultades atribuidas a esta autoridad, en el ordenamiento

Protection Agency (Agencia de Protección Ambiental, o, en adelante, EPA) sobre fuentes estacionarias de polución. [...] Ante estos hechos, la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, concluyó que las reglas establecidas por la EPA, se alejaban del espíritu e intención de las enmiendas realizadas en 1977, y que, por lo tanto, no correspondía su aplicación; esto en razón de que, ni el estatuto ni la historia legislativa, daban una clara definición de una fuente estacionaria de polución, por lo que había que encontrar la solución en la finalidad perseguida por la norma. La revisión del caso fue aceptada, y, por ende, la Corte Suprema debía determinar si cabía imponer el criterio judicial a uno técnico de una agencia especializada". MANUEL ENRIQUE VENTURA RODRÍGUEZ, *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el derecho administrativo* (Tesis doctoral), Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, 2010, pp. 25-26.

51 JORGE PÉREZ ALONSO, "¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia", *Revista de Administración Pública*, n.º 184, 2011, pp. 337-338.

52 El profesor Cassagne aborda un aspecto relevante a propósito del control de los actos de autoridades reguladoras precisamente cuando no tienen la característica de independencia. Para él, tratándose de autoridades independientes y especializadas, sería preferible la teoría de la deferencia sobre la revisión judicial amplia o plena, dado el contenido técnico de la decisión, no obstante, explica que mientras no se den estas condiciones es preferible un control pleno. JUAN CARLOS CASSAGNE, "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización", *Revista de Administración Pública*, n.º 157, 2002, p. 489.

jurídico no se prevé un control de legalidad distinto al ejercido por el juez contencioso administrativo<sup>53</sup>, aspectos que llevan a preguntarse si adelantar un control limitado representaría finalmente la inmunidad de los actos de esta autoridad al control<sup>54</sup>.

A continuación se examinarán los casos de las reconciliaciones positivas y el cargo por confiabilidad anunciados en el primer capítulo, para identificar a partir de los distintos enfoques descritos la posición asumida por el juez contencioso colombiano de cara al alcance del control judicial de las actuaciones administrativas del ente regulador.

## 2.2. EL CONTROL LIMITADO EN LOS CASOS DE LAS RECONCILIACIONES POSITIVAS Y EL CARGO POR CAPACIDAD

En línea con lo expuesto, en este acápite se complementa el análisis sobre el alcance del control judicial de los actos administrativos del organismo de regulación de energía en Colombia, con el examen de los planteamientos realizados por el Consejo de Estado frente a los casos de las reconciliaciones positivas y el cargo por capacidad. Si bien no fue tarea fácil ubicarlos completamente en alguna de las posiciones señaladas, sí pueden observarse ciertos rasgos que los sitúan más cerca de los enfoques del control limitado, como se irá explicando.

Dentro del denominado caso de las *reconciliaciones positivas*, los actos de mandados fueron algunos artículos de las resoluciones CREC 034, 038 y 094 de 2001. Como causales de nulidad, se invocaron la violación de aspectos

53 Al respecto, Juan José Montero expresa: “Esta situación es especialmente preocupante porque la actividad de las administraciones independientes no está sujeta al resto de controles habituales en el ejercicio de potestades administrativas. No existe un control por unos superiores jerárquicos inexistentes a través de los correspondientes recursos administrativos y no existe un control político efectivo por el parlamento, como hemos visto. Como consecuencia, se corre el riesgo de que el regulador sea no solo independiente, sino irresponsable”. JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL, “La actividad administrativa de regulación: Definición y régimen jurídico”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2014, p. 40. Disponible en: <https://revistas.uxternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3993/4294> [última consulta: 17 de junio de 2021].

54 Camilo Perdomo, refiriéndose a la Comisión de Regulación de Comunicaciones considera que: “Bajo esta perspectiva, el juez contencioso-administrativo colombiano jamás podría valorar el fondo de una decisión proferida por la CRC y se debería limitar a anularla (juicio de legalidad puro), puesto que se premiarían los postulados según los cuales el ordenamiento jurídico debe reconocer un campo de poder discrecional a la Administración, inmune al control judicial, con fundamento en la –ya comentada– mayor capacidad técnica de esta para tomar cierto tipo de decisiones”. CAMILO PERDOMO VILLAMIL, “Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)”, *Revista dDigital de Derecho Administrativo*, n.º 12, 2014, p. 84.

reglados, en particular el hecho de que las medidas adoptadas no hubiesen sido consultadas previamente con el Consejo Nacional de Operación<sup>55</sup>, según lo previsto en el literal *i* del artículo 23 de la Ley 143 de 1994<sup>[56]</sup>; y, la falsa motivación, señalando cómo la situación de aumento de las restricciones en el sistema interconectado nacional, y por ende del precio de la energía, fue consecuencia de los actos terroristas sobre las redes de transmisión y no de un comportamiento anticompetitivo de las empresas generadoras.

En la demanda se adujo que los precios de la energía eléctrica dependen de factores relacionados con la estructura de costos y la disponibilidad de agua, combustible, arranque y parada de las plantas térmicas, entre otras variables, y por tanto, la CREG no podía presumir la presencia de un comportamiento anticompetitivo de los generadores que estuviera llevando al aumento de estos. De otra parte, se alegó la violación al artículo 36 del Código Contencioso Administrativo (CCA), con el argumentando de que el regulador no persiguió los fines previstos en la normativa y tomó una medida desproporcionada, interviniendo directamente los precios, sin tener en cuenta, según los demandantes, si con este precio tope los generadores estaban o no en posibilidad de recuperar los costos en los cuales incurrían, lo que de paso afectaba la libre iniciativa privada y la libre competencia.

Sobre el aspecto procedimental o reglado del acto, esto es, la violación del artículo 23 literal *i* de la Ley 143 de 1994, la sentencia precisó que el concepto previo del Consejo Nacional de Operación es necesario cuando la modificación se refiere al planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional (aspectos técnicos); pero la Resolución CREG 034 de 2001 regulaba aspectos del mercado de energía (aspectos comerciales) y, por consiguiente, no le aplicaba este requisito.

En cuanto a los motivos del acto, la providencia se orientó a la constatación de aquellos invocados por la CREG, ocupándose de entender en detalle el funcionamiento del mercado mayorista de energía. El juez concluyó que

55 El artículo 36 de la Ley 143 de 1994 dispuso: "Créase el Consejo Nacional de Operación que tendrá como función principal acordar los aspectos técnicos para garantizar que la operación integrada del sistema interconectado nacional sea segura, confiable y económica, y ser el órgano ejecutor del reglamento de operación. Las decisiones del Consejo Nacional de Operación podrán ser recurridas ante la Comisión de Regulación de Energía y Gas. El Consejo Nacional de Operación tendrá un secretario técnico cuyos requisitos serán los mismos exigidos para el experto de que trata el artículo 15, quien participará en las reuniones del Consejo con voz y sin voto".

56 Entre las funciones de la CREG, el artículo 23 de la Ley 143 de 1994 señala: "i) Establecer el Reglamento de Operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del Sistema Interconectado Nacional, después de haber oído los conceptos del Consejo Nacional de Operación". En ese sentido, el demandante consideró que la Resolución 034, al hacer parte del Reglamento de Operación, debió ser consultada previamente con el Consejo Nacional de Operación, lo cual no sucedió.

como consecuencia de los atentados contra la infraestructura de transmisión, se presentaban restricciones para el transporte de la energía eléctrica y, por esa razón, en algunas regiones del país la demanda de energía solo podía ser atendida por la planta de generación ubicada en la zona respectiva. Asimismo, se reconoció que en tales circunstancias la empresa representante de cada una de estas plantas vendería su energía al precio que decidiera ofertarla.

En ese orden de ideas, el juez asumió una posición activa desde el punto de vista probatorio para corroborar los hechos expuestos por el regulador, a través de los informes rendidos por el Centro Nacional de Despacho, los cuales evidenciaban el real incremento de los precios entre enero y marzo de 2001. El juez acudió además a testimonios de expertos en la materia y a constatar las sanciones impuestas para la época por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a varios agentes generadores por comportamientos contrarios a la libre competencia. Todo respaldaba los motivos invocados por el regulador. Sin embargo, en relación con la proporcionalidad de la medida, se asumió postura distinta, pues si bien el tema en discusión era si el precio techo fijado por la CREG obligaba a las empresas generadoras a vender por debajo de sus costos, el Consejo de Estado definió el planteamiento de la entidad de regulación, en el sentido de que el precio fijado correspondía a los costos de una planta eficiente y tuvo en cuenta la forma como el regulador mantuvo abierta la posibilidad de que si algún agente podía demostrar costos eficientes superiores podía reportarlos.

Ahora, en el caso del cargo por confiabilidad, en las demandas de nulidad contra las resoluciones 077 y 111 de 2000 se formularon cargos a agrupar en aquellos: referentes a la violación de normas superiores; dirigidos a cuestionar su motivación; orientados a señalar el ejercicio de una facultad discrecional por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, y a cuestionar, entonces, la adecuación de la medida a los fines de la norma o su proporcionalidad; y, finalmente, los encaminados a atacar el acto por la violación de derechos o principios previstos en la Constitución o las leyes 142 y 143 de 1994, tales como la igualdad, la libre competencia y la eficiencia económica.

En lo relacionado con la contravención de normas superiores se planteó que la CREG, al definir el modelo de cálculo del cargo por capacidad, no consideró los criterios de confiabilidad y seguridad establecidos por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME)<sup>57</sup> y, por tanto, violó el literal *a* del artículo 23 de la Ley 143 de 1994, cuando señala la competencia de la

57 De acuerdo con el artículo 13 de la Ley 143 de 1994 la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) tiene la naturaleza de unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Minas y Energía, con personería jurídica, patrimonio propio, autonomía presupuestal y con regímenes especiales en materia de contratación, administración de personal, salarios y prestaciones. Del artículo 16 de la misma ley, se destaca dentro de las funciones de la entidad, elaborar y actualizar el Plan Energético Nacional y el

CREG en crear las condiciones para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, capaz de abastecer la demanda bajo criterios sociales, económicos, ambientales y de viabilidad financiera; pero, a su vez, dispone que la capacidad de generación de respaldo debe ser valorada por la CREG, según los criterios establecidos por dicha unidad<sup>58</sup>.

Con respecto a la motivación del acto, se argumentó que cuando se señaló a las centrales hidroeléctricas de no ofrecer el respaldo debido al sistema durante el fenómeno de El Niño 1997-1998<sup>[59]</sup>, por no contar con el nivel de embalse esperado, la Comisión de Regulación de Energía y Gas no tuvo en cuenta la intervención de los embalses durante dicho período, a partir de la Resolución CREG 100 de 1997 sobre mínimos operativos; es decir, que fue el Gobierno quien estableció la forma como debían despacharse los embalses para conservar el recurso hídrico y no los generadores autónomamente<sup>60</sup>.

De igual modo, la demanda indicó la manera como la serie hidrológica "creada" por la entidad de regulación desconoce las características generales de los períodos del fenómeno de El Niño. Los demandantes consideraron que se trataba una serie ficticia, pues el regulador la concibió tomando el mes más seco de cada período, lo cual estimaron no corresponde a la realidad. En cuanto a los principios, la demanda expuso que los actos administrativos expedidos por la CREG son violatorios del principio de igualdad en la medida es que se daba un trato distinto a los generadores hidroeléctricos a quienes se le remuneraba a partir de una serie hidrológica que consideraba una baja disponibilidad del recurso hídrico mientras que respecto de las plantas térmicas no se fue riguroso al verificar la efectiva disponibilidad de combustible para generar energía, lo cual adicionalmente afectaba la libre competencia.

Plan de Expansión del sector eléctrico en concordancia con el Proyecto del Plan Nacional de Desarrollo.

- 58 En el Plan de Expansión Referencia Generación Transmisión 1998-2010, la UPME fijó criterio de confiabilidad del 95 % para atender la demanda, mientras la CREG optó por el 99,9 % en el modelo de cálculo del cargo por capacidad, apartándose del criterio de confiabilidad previsto en la norma señalada. UNIDAD DE PLANEACIÓN MINERO ENERGÉTICA, *Plan de Expansión Referencia Generación Transmisión 1998-2010*. Disponible en: [http://www.upme.gov.co/Docs/Plan\\_Expansion/1998/Plan-expansion-1998-2010.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/1998/Plan-expansion-1998-2010.pdf) [última consulta: 18 de junio de 2021].
- 59 A inicios de 1998, *El Tiempo* destacó los devastadores efectos del fenómeno de El Niño 1997-1998 y la posibilidad de recurrir a un racionamiento del 2 % de la demanda de energía en el país. *El Tiempo*, "Las travesuras de El Niño en Colombia", 2 de febrero de 1998. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-740282> [última consulta: 6 de junio de 2021].
- 60 La Resolución CREG 025 de 1995, Reglamento de Operación para el Sistema Interconectado Nacional, define los mínimos operativos como "niveles mensuales de embalses que constituyen una reserva energética para cubrir condiciones predeterminadas de confiabilidad".

Acerca del principio de eficiencia económica consagrado en los artículos 365 de la Constitución; 2.º, 11.1, 73 y 74.1 de la Ley 142 de 1994; 4.º, 6.º, 12, 20, 23.a.1, 33 y 66 de la Ley 143 de 1994, los demandantes argumentaron que, como consecuencia de haber disminuido artificialmente la capacidad de generación de los agentes hidráulicos a través de una serie hidrológica de imposible ocurrencia, esta menor capacidad se debía suplir con plantas térmicas y, bajo tal entendido, al subestimar la capacidad de las plantas hidroeléctricas se incentivaba una mayor instalación de plantas térmicas, cuya energía es más costosa para el sistema.

En la sentencia, si bien el juez contencioso hizo referencia expresa al alcance del control judicial, afirmando que a él correspondía verificar si los actos se encuentran material, formal y teleológicamente conformes al derecho<sup>61</sup>, el abordaje de controversia puede llevar a una conclusión distinta. Particularmente, sobre el aspecto reglado del acto que constituía vulneración del artículo 23.a.2 de la Ley 143 de 1994, al disponer que la capacidad de generación de respaldo "será valorada por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, según los criterios que establezca la Unidad de Planeación Minero Energética en el plan de expansión", el juez asumió una posición de deferencia frente a la lectura hecha por la CREG de la norma. Estaba demostrado dentro del proceso que las resoluciones demandadas fueron más allá del criterio de confiabilidad del 95 % definido por la UPME; no obstante, el Consejo de Estado acogió la interpretación amplia del regulador, considerando que se trataba de un parámetro indicativo y, si bien la CREG debía considerarlo, podía apartarse de este, pues es de su competencia regular en materia de confiabilidad.

Referente al reproche de falsa motivación, la sentencia concluye que no se evidencia falsedad de las razones alegadas por la CREG para la expedición de los actos atacados, ni de su discrepancia de la realidad. Así, el juez dictaminó que, aun cuando la comisión optó por asumir una serie hidrológica crítica de difícil ocurrencia, esto no lleva a concluir que la decisión fue equivocada, pues el objetivo no era establecer una predicción hidrológica, sino un criterio de confiabilidad para el sistema interconectado nacional. En

61 La sentencia señala lo siguiente: "Por esta causa, bajo el Estado de derecho instaurado por nuestro orden constitucional los actos de la Administración deben estar material, formal y teleológicamente conformes al derecho y sujetos al control judicial que haga valer los límites que el ordenamiento fija a las competencias estatales. Por ende, se impone examinar en cada caso cuáles son las reglas particulares que enmarcan o definen una competencia específica, ya que de ello dependerán las condiciones de su ejercicio y, en últimas, la validez de los actos que se expidan en desarrollo de las atribuciones reconocidas por la Constitución y la ley". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Exps. acumulados 11001-03-24-000-2001-00090-01 y 11001-03-24-000-2002-00122-01 del 14 de julio de 2017.

esta dirección, es posible afirmar la posición de deferencia asumida por el juez de cara a la decisión del regulador.

En cuanto a la proporcionalidad de la medida adoptada en las resoluciones demandadas, para el Consejo de Estado no hubo duda sobre la finalidad de la hidrología crítica en dirección a brindar mayor confiabilidad al sistema interconectado nacional y por esa vía lograr objetivos esenciales impuestos por la Constitución y la ley al regulador energético.

Respecto de si la afectación ocasionada a la eficiencia económica era mayor al beneficio que traía consigo la maximización del principio de confiabilidad, el Consejo de Estado concluyó que la ponderación entre el riesgo de un incremento en los precios del servicio y la garantía de una mayor seguridad tenía un alto componente de incertidumbre asociado a la llegada de fenómenos climáticos cada vez más extremos e impredecibles, y en ese sentido, se inclinó por validar la ponderación realizada por la comisión.

La exposición de estos dos casos permite hacer algunas reflexiones sobre el alcance del control judicial. En primer lugar, acerca del reconocimiento expreso hecho por el juez en las dos sentencias del amplio margen de acción atribuido por el legislador a la CREG, se resalta que en el caso del cargo por capacidad el juez contencioso, al hacer una interpretación amplia respecto de la competencia de la entidad en materia de confiabilidad, eliminó el único parámetro dispuesto como límite por el legislador, o sea, el criterio de confiabilidad fijado por la Unidad de Planeación Minero Energética, para afirmar que se trata de un criterio a considerar por la comisión, pero en modo alguno vinculante para la autoridad. Esta posición, con énfasis en una visión amplia de la competencia de la CREG, por encima de la identificación de sus límites, es indicativa de un razonamiento de autocontención del juez que en la práctica corrobora la tensión ya explicada, según la cual, aceptar un control formal y limitado puede dejar visos de inmunidad de los actos frente al control judicial.

En segundo lugar, en lo referido a la motivación de los actos expedidos, es evidente el importante esfuerzo del juez en corroborar los motivos invocados por la Comisión de Regulación de Energía y Gas. En los dos casos, aquel acude a testimonios de expertos e informes de otras entidades como el Centro Nacional de Despacho para constatar la existencia de los hechos invocados por el ente regulador. En este sentido, contrario a lo dicho antes, no se identifica en el aspecto bajo estudio un control limitado.

Por último, respecto del análisis de la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas tomadas por el regulador en los dos casos, tras identificar el alto componente de incertidumbre en el examen, el juez se inclinó por un criterio de deferencia frente a la posición adoptada por el regulador.

Es importante anotar cómo, en sentencias más recientes, se han encontrado manifestaciones explícitas acerca del control limitado. Por ejemplo, en sentencia del 30 de mayo de 2019, dentro de una acción de reparación



directa interpuesta por Merieléctrica y otros contra el Ministerio de Minas y Energía con ocasión de la liquidación de Electrochocó, se afirmó que no corresponde al juez el control de los actos del regulador en su contenido<sup>62</sup>. De suyo, la sentencia del 26 de marzo de 2021, al realizar el control inmediato de legalidad de las resoluciones CREG 058, 064, 108, 118 y 152 de 2020, mediante las cuales se tomaron medidas transitorias para el servicio de energía con fundamento en el Decreto Legislativo 517 de 2020, dijo que al juez contencioso no le corresponde cuestionar decisiones de carácter técnico de la CREG y, en tal sentido, no puede invadir la órbita de las decisiones económicas del regulador sectorial, entre más razones porque el juez no es la autoridad idónea para tomar las mejores decisiones en materia económica<sup>63</sup>.

El control limitado, en el que en situaciones de penumbra el juez opta por acoger el criterio del regulador o declara explícitamente su limitación, permite adentrarse en una reflexión central consistente en el efecto que podrían tener los parámetros de calidad regulatoria en el alcance del control judicial de los actos de la entidad reguladora y en concreto en lo respectivo a los motivos expresos y comprobables, y a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida. En este orden de ideas, la relevancia de reducir la asimetría de información entre el juez y el regulador y la trascendencia en este propósito de los mecanismos de calidad regulatoria constituyen el tema a desarrollar a continuación.

### 3. ENTRE EL CONTROL PLENO Y LA DEFERENCIA: EL CONTROL JUDICIAL A LOS ACTOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS COMO GARANTÍA DE LA CALIDAD REGULATORIA

En consideración a la posibilidad de los jueces para revisar tanto los aspectos procedimentales del acto como su motivación, así como la razonabilidad y proporcionalidad de la medida, en los casos analizados en esta investigación se evidencia cómo es el mismo juez quien termina fijando el alcance del control, al optar por replegarse en algunos aspectos o declarar abiertamente la imposibilidad de controlar los actos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. La situación preocupa, en la medida en que la tensión generada por la posible inmunidad de este tipo de actos administrativos al control judicial

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia Rad. 27001-23-31-000-2004-00699-01(35783) del 30 de mayo de 2019.

63 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 26, sentencia Rad. 11001-03-15-000-2020-01743-00 (acumulados) del 26 de marzo de 2021.

resulta cierta. Desde esta perspectiva, son pertinentes las observaciones de María José Alonso, cuando asegura que la fiscalización judicial en el caso de la discrecionalidad técnica no tiene la misma intensidad en todos los casos y corresponde al juez establecer hasta dónde extiende su control<sup>64</sup>. Con similares razones, Francisco Rodríguez Pontón considera al juez como el dueño del control por él ejercido<sup>65</sup>.

Bajo el anterior entendido, el control judicial a los actos del regulador se mueve u oscila entre el control pleno y la deferencia; pero la razón del juez para avanzar o retroceder en su control no debería derivar de la asimetría de información, y reducir hasta donde sea posible dicha barrera juega un papel fundamental.

### 3.1. LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN ENTRE EL JUEZ CONTENCIOSO Y LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE ENERGÍA Y GAS

Dada la especialidad de autoridades regulatorias como la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el juez contencioso se encuentra en una situación de asimetría en términos del conocimiento técnico, lo cual ha llevado a algunos países a implementar<sup>66</sup> o proponer la creación de instancias o tribunales es-

64 "Así, el argumento de la dificultad de control como fundamento de los límites al control judicial basados en la estructura constitucional de poderes cae por su propio peso. Esa dificultad solo se puede medir en el caso concreto; y ha de ser el juez, que es quien tiene la última palabra al resolver los pleitos, quien debe determinar los límites de su propio razonamiento". MARÍA JOSÉ ALONSO MAS, "Fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test para el acceso a la función pública", *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997, p. 172.

65 "Los tribunales, no es ya que modulen más o menos su control de las decisiones que llegan ante los mismos, sino que no pueden dejar de determinar el espacio y la intensidad de su propio control. El juez es dueño del control que ejerce, naturalmente no sin límites, pero sí con márgenes importantes". FRANCISCO JOSÉ RODRÍGUEZ PONTÓN, "Control judicial de las autoridades reguladoras: ¿deferencia o desautorización?". En Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos (coords.), *20 años de la ley de lo contencioso-administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2019, p. 309.

66 En el caso chileno, la Ley 19 940 de 2004 creó un panel de expertos para resolver controversias entre las empresas y el regulador del sector eléctrico y se han ido ampliado sus competencias a otros sectores como el gas. Está integrado por siete miembros, cinco ingenieros o licenciados en ciencias económicas y dos abogados, especialistas en materias técnicas, económicas o jurídicas del sector eléctrico. Los integrantes del panel son designados mediante concurso público de antecedentes por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Al respecto puede consultarse el documento. PANEL DE EXPERTOS LEY GENERAL DE SERVICIOS ELÉCTRICOS, Informe de Actividades 2019, marzo de 2020. Disponible en: <https://www.panelexpertos.cl/wp-content/uploads/2020/04/Informe-de-Actividades-2019.pdf> [última consulta: 2 de abril de 2021].

pecializados<sup>67</sup>, ante los que puedan ser impugnadas ciertas decisiones de la autoridad. Esta es precisamente una de las recientes propuestas de la Misión de Transformación Energética para Colombia que plantea la creación de una segunda instancia para revisar las decisiones de la CREG en materia tarifaria<sup>68</sup>.

En este acápite se revisa la asimetría de información entre el juez y el regulador; es decir, la diferencia o brecha entre la información de la cual dispuso el regulador y la detenida por el juez en el momento de efectuar el control. Como concepto de origen económico, la asimetría de información ha tenido desarrollo en la denominada teoría de los contratos: en la relación entre las partes de un contrato, en este caso, entre la denominada principal (parte con poder de negociación, propone el contrato) y el agente (parte con menor poder de negociación, decide si acepta o no el contrato) está presente dicha asimetría, generándose situaciones en las cuales una de las partes oculta o revela información para obtener una ventaja. Desde la perspectiva de las autoridades reguladoras, una de las circunstancias a corregir por la regulación es precisamente la asimetría de información, considerada falla del mercado<sup>69</sup>.

67 Sobre el tema, para el caso colombiano, en relación con la situación de otros países, según la OCDE: "Los arreglos judiciales actuales en Colombia no promueven la especialización de cortes y jueces en la toma de decisiones en materia regulatoria. El sistema judicial colombiano solía concentrarse en la legalidad de los actos administrativos por parte de las instituciones gubernamentales, pero cada vez más busca resolver las brechas de implementación presentes en los marcos regulatorios. Se ha intensificado el papel del Poder Judicial en relación con la calidad regulatoria, y existe la necesidad de mejor capacitación y especialización en los aspectos técnicos de las decisiones regulatorias". ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación administrativa*, 2014, p. 141. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Empresarial/Estudio%20OCDE%20Politica%20Regulatoria%20Colombia%202013.pdf> [última consulta: 3 de abril de 2021].

68 El Ministerio de Minas y Energía, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial, en 2019 conformó una misión de veinte expertos nacionales e internacionales, a fin de construir una hoja de ruta y propuesta para el sector eléctrico en Colombia. Dentro de la propuesta se encuentra la creación de "una doble instancia para atender apelaciones sobre resoluciones tarifarias. Esta sería conformada por una terna nombrada a partir de una lista de expertos de reconocida trayectoria conformada por la CREG para estos propósitos, que podría servir también para fallar sobre casos similares que salgan de resoluciones expedidas por otras comisiones de regulación". MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA - BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. *Transición energética: Un legado para el presente y el futuro de Colombia*, Bogotá: Minenergía - BID, 2021, p. 95. Disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/libro-transicion-energetica> [última consulta: 06 de junio de 2021].

69 Según Guinard: "Las asimetrías de la información se producen cuando hay mayor conocimiento en el productor/comercializador del producto que en el consumidor o comprador del mismo. Las asimetrías en la información gravitan enormemente en el mercado porque llevan a elecciones adversas o aumentan el azar moral. La regulación

Sin embargo, la asimetría también puede hallarse en otros escenarios. No es extraño hacer referencia a la asimetría de información de las autoridades respecto de los agentes regulados, planteándola como una limitación a su actividad. También se habla de asimetría haciendo referencia a la información de los usuarios respecto de los agentes prestadores del servicio y, en general, a la presentada en las relaciones de consumo, en las cuales los consumidores no siempre tienen conocimiento especializado ni la información necesaria para tomar sus decisiones, encontrándose en una situación asimétrica<sup>70</sup>.

Pero es debido considerar una perspectiva adicional de la asimetría de información: la que puede existir entre la Administración, los destinatarios de sus decisiones y los encargados de ejercer el control sobre las mismas. En este tema, llama la atención lo planteado por Joseph E. Stiglitz sobre los potenciales incentivos de las autoridades a no revelar toda la información<sup>71</sup>, argumentando su especialidad técnica, por mencionar un aspecto, o lo estratégico de la decisión. Acá resulta pertinente también lo explicado por los profesores Aníbal Zárate y Camilo Perdomo acerca del deber de información y la calidad de esta en los procesos de consulta pública de los proyectos de regulación, en los cuales se debe garantizar que el público destinatario esté en condiciones de conocerla<sup>72</sup>, punto relevante también desde la vista de la

necesaria para combatir dicha falla debe tender a generar sistemas de garantías a favor de los consumidores, e instituciones como la responsabilidad por los vicios ocultos". DAVID GUINARD HERNÁNDEZ, *La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía*, *op. cit.*, p. 214.

70 Al respecto, José Félix Chamie expone: "Los intereses económicos del consumidor se articulan no solo en la adecuada y correcta información, sino también en el control de las relaciones contractuales, que deben ser acordes con la corrección, transparencia y equidad. La transparencia es una noción-criterio-estándar empleado a propósito de las cláusulas vejatorias en la disciplina del contrato asimétrico (con el consumidor, bancario, de inversión); en ocasiones será posible constatar si el contrato es claro e inteligible, y si el consumidor fue informado adecuadamente en la formación y durante la ejecución del contrato". JOSÉ FÉLIX CHAMIE, "Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor", *Revista Derecho Privado*, vol. 24, 2013, p. 130.

71 "Los que gobiernan cuentan con notables incentivos a la hora de reducir la transparencia. Una mayor transparencia reduce su margen de maniobra –no solamente pone en evidencia los errores, sino también la corrupción (como dice el refrán, "la luz del sol es el antiséptico más potente")–. Los voceros del Gobierno pueden tratar de ampliar su poder intentando plantear argumentos especiosos en favor del secretismo, y diciendo entonces, con el fin de justificar su comportamiento por otra parte inexplicable o interesado, 'confíen en mí... si supieran lo que yo sé'". JOSEPH E. STIGLITZ, "La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica", *Revista Asturiana de Economía*, n.º. 25, 2002, p. 142.

72 "En otras palabras, es 'obvio que la capacidad para elaborar opiniones está condicionada por la calidad de la información disponible' y, por tanto, la materialización del deber/derecho de informar sobre los proyectos de regulación es fundamental para la garantía de opiniones de calidad, útiles y pertinentes. Sin ese soporte, la participación sería

información recibida por el juez en ejercicio del control judicial de los actos del regulador, pues el solo acceso a la misma no garantiza la posibilidad de comprenderla y analizarla.

Desde una óptica jurídica, se ha buscado la reducción de la asimetría de información, principalmente en las relaciones de consumo, mediante normas que establecen no solo la obligación de revelarla, sino además los atributos de la información a cumplir. A saber, la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor establece en su numeral 1.3 el derecho de los consumidores a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos ofrecidos o en circulación, como también sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización, los mecanismos de protección de sus derechos y las formas de ejercerlos. Otro ejemplo de reducción de la asimetría, en este caso en beneficio del consumidor financiero, es el establecimiento de la asesoría obligatoria prevista en el Decreto 2071 de 2015 a quien realiza el traslado de régimen en fondos de pensiones<sup>73</sup>.

En materia regulatoria, la normativa ha establecido condiciones tanto en el procedimiento de expedición del acto como en su motivación. La denominada calidad regulatoria<sup>74</sup>, entre otros aspectos, exige que el acto general

formal y vacía, carente de sustancia. Sin embargo, el deber de información relacionado con los proyectos regulatorios no se podría entender satisfecho con la garantía o materialización del acceso a la misma, pues ello no implica, automáticamente, que el público esté en capacidad de usufructuarla con fines participativos". ANÍBAL ZÁRATE y CAMILO PERDOMO VILLAMIL, "El deber de información como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria en Colombia", *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 19, n.º 76, 2019, p. 52.

73 El artículo 3.º de la norma estableció: "Modifícase el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto número 2555 de 2010 el cual quedará así: Artículo 2.6.10.2.3. *Asesoría e información al consumidor financiero*. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones".

74 En relación con este concepto, Luis Ferney Moreno diserta: "¿En qué se materializa la mejora regulatoria? La misma palabra lo dice: mejorar la regulación, y esto se concreta en la introducción de unas herramientas dentro del procedimientos para el ejercicio de la potestad normativa, como son: agenda regulatoria; análisis de impacto normativo; consulta pública; abogacía de la competencia; control administrativo; normas definitivas claras y trámites simplificados; inventario normativo (*stock*) y evaluación *ex post* de los impactos de la norma. Se parte de la base de que con esas herramientas se mejora la calidad de las normas y de los trámites, para lograr, se reitera, una buena calidad de la regulación". LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, "La tríada regulatoria en América Latina". En Luis Ferney Moreno Castillo (dir.) y Luis A. Ortiz Zamora (coord.), *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente*, Bogotá: Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 4.

contenga una sustentación expresa en cuanto a sus antecedentes, análisis de la necesidad, oportunidad y conveniencia de la medida, así como de los estudios técnicos realizados, el análisis de las propuestas, las objeciones y los comentarios durante la etapa de consulta y publicidad del proyecto<sup>75</sup>.

En Colombia, el Decreto 2696 de 2004 hace explícita para las comisiones de regulación la exigencia de un documento técnico, tanto para la etapa de consulta del proyecto como para acompañar el acto definitivo. En particular, en el caso de los actos que establecen las metodologías tarifarias, se prevé un procedimiento más exigente, con etapas adicionales de consulta y publicación secuencial de los distintos documentos técnicos en los cuales se basa la metodología propuesta por la CREG. De hecho, el Decreto 1609 de 2015 constituye un avance en este camino de exigir una memoria justificativa, incluyendo explicación de oportunidad y conveniencia; análisis de impacto económico, ambiental; y viabilidad jurídica y abogacía de la competencia, entre otros aspectos.

### 3.2. LA CALIDAD REGULATORIA COMO MEDIO PARA REDUCIR LA ASIMETRÍA DE INFORMACIÓN ENTRE EL JUEZ Y LA COMISIÓN: EL JUEZ COMO SU GARANTE

La calidad referida a la regulación económica es entendida como el mecanismo para que los mercados puedan contar con un mejor proceso de expedición de la regulación. Si bien se trata básicamente de unos pasos previos a la expedición de la norma, estos deben permitir evaluar el cumplimiento de principios como los de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad. Si bien Colombia no cuenta con una ley que establezca de manera general parámetros de calidad regulatoria, otras legislaciones como las de Perú<sup>76</sup> México<sup>77</sup> y España<sup>78</sup> han emitido normas sobre la materia, en las cuales puede

75 En materia de técnica-normativa pueden consultarse los decretos 1345 de 2010, 1609 de 2015 y 1273 de 2020.

76 En ese país, a través del Decreto Supremo 075 de 2017, se expidió el reglamento para la aplicación del análisis de calidad regulatoria de procedimientos administrativos, el cual establece los principios que deben cumplir las autoridades del poder ejecutivo, entre los cuales se destacan los principios de legalidad, necesidad, efectividad y proporcionalidad.

77 La Ley General de Mejora Regulatoria mexicana, de mayo de 2018, en su artículo 7.º establece que la política de mejora en cuanto a la regulación se orientará por los principios de: máximo beneficio social, seguridad jurídica, focalización a objetivos claros, concretos y bien definidos, coherencia y armonización de las disposiciones que integran el marco regulatorio nacional, simplificación, mejora y no duplicidad en la emisión de regulaciones, trámites y servicios, accesibilidad tecnológica, proporcionalidad, prevención razonable y gestión de riesgos, entre otros

78 La Ley 39 de 2015 del 1.º de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

destacarse la coincidencia en los principios enunciados y su fundamentación en el procedimiento previo a la expedición de la norma. El profesor Bernardo Carvajal hace referencia a los principios enunciados y destaca cómo desde la perspectiva jurídica las preguntas respecto de la regulación estaban habitualmente relacionadas con su concepto y la competencia de las autoridades para expedirla, mientras que la calidad regulatoria se refiere concretamente a una mejor manera de regular<sup>79</sup>, en desarrollo de dichos principios. En un sentido conceptualmente coincidente, Javier Barnes plantea que la ley en estos casos no se ocupa de plantear las soluciones concreta sino de establecer un procedimiento que se ocupe de cómo resolver y decidir el problema<sup>80</sup>.

La calidad se refiere entonces al proceso ordenado y riguroso a cumplir por la autoridad regulatoria, en el cual se establecen etapas y requisitos que incluyen la publicación de una agenda regulatoria, el análisis de impacto normativo, la consulta pública del proyecto de regulación, la abogacía de la competencia e, inclusive, el análisis posterior de los efectos de la medida. Dentro de este proceso cualificado, el estudio de impacto normativo tiene un papel central al incorporar la motivación del acto e incluir componentes tales como la identificación del problema, el objetivo público a resolver y la selección de la mejor solución para resolver la situación a partir del análisis de los impactos económico y jurídico, así como la eficacia de las distintas alternativas<sup>81</sup>.

Es importante señalar que los estudios en materia de implementación de políticas de calidad regulatoria identifican como uno de los elementos institucionales relevantes la existencia de mecanismos de supervisión para verificar el cumplimiento efectivo de esta, y específicamente la solidez del análisis de impacto normativo<sup>82</sup>. Dichos exámenes se refieren en especial a controles de tipo administrativo a través de organismos que puedan ejercer

Administraciones Públicas, de esa nación establece en el artículo 127 los principios de buena regulación: necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia.

79 BERNARDO CARVAJAL SÁNCHEZ, "¿Cómo asegurar la calidad regulatoria?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, 2013, pp. 41-62.

80 JAVIER BARNES, "Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, 2018, pp. 77-123.

81 LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, *Teoría de la regulación. Hacia un derecho administrativo de la regulación*, op. cit.

82 "En el documento de política regulatoria en América Latina de 2017 de la OCDE se destaca, salvo por el caso de la Cofemer en México, la inexistencia en los países latinoamericanos de órganos encargados de realizar una supervisión efectiva respecto del cumplimiento de los requisitos de calidad regulatoria". TOBIAS QUERBACH y CHRISTIANE ARNDT, *Política regulatoria en América Latina: Un análisis de la situación actual*, Documentos de Trabajo de la Política Regulatoria de la OCDE, n.º 7, París: OECD Publishing, 2017, p. 11. Disponible en: <https://smartreg.pe/reportes/OECD%202017.%20Politica%20>

una supervisión institucional eficaz. Sin embargo, en Colombia no se cuenta aún con órganos que desempeñen este tipo de funciones y, por tanto, el control judicial sigue siendo relevante.

La política de mejora regulatoria del país se ha enfocado en aspectos relativos a la simplificación y racionalización de trámites, el inventario legal y regulatorio, la abogacía de la competencia, la consulta pública, el análisis de impacto normativo, la agenda regulatoria, el gobierno en línea y el acceso al Comité de Política Regulatoria de la OCDE<sup>83</sup>. No obstante, como se advirtió, no existe un órgano supervisor de la calidad regulatoria, control o instancia no judicial ante la cual puedan impugnarse las decisiones de la CREG y, consiguientemente, ante tal inexistencia, el juez debe estar en posibilidad de ser el garante de dicha calidad al realizar el control de legalidad de los actos administrativos.

El profesor Luis Ferney Moreno destaca la importancia de la calidad regulatoria vista tanto desde los requisitos formales como sustanciales del acto administrativo<sup>84</sup>. Así, por ejemplo, la ausencia del análisis del impacto normativo o de la validación de la abogacía de la competencia conllevan un vicio de expedición irregular y, por consiguiente, a la anulación del acto.

Es así como el Decreto 2696 de 2004 establece reglas en materia de divulgación y participación en las actuaciones de las comisiones de regulación. La norma contempla las reglas para la expedición de resoluciones de carácter general y algunas adicionales para resoluciones de contenido tarifario. De esta, se pueden destacar los siguientes aspectos: (1) la publicación anual de la agenda regulatoria en el mes de octubre, con posibilidad de comentarios de los interesados; (2) para resoluciones de carácter general, la obligatoriedad de realizar estudios legales, técnicos y económicos; (3) la publicidad de los proyectos, estableciendo un término mínimo de diez días para comentarios; (4) el contenido mínimo del documento mediante el cual se hace público el proyecto de resolución dentro del que se destaca la publicación de los soportes técnicos; y (5) la obligación del comité de expertos de analizar los comentarios, las informaciones, los estudios y las propuestas recibidas durante la etapa dispuesta para el fin y de pronunciarse en el documento soporte sobre cada uno de estos aspectos.

En el caso de la difusión para la adopción de fórmulas tarifarias se aplican reglas particulares, tales como: (1) la publicación doce meses antes de

Regulatoria%20en%20America%20Latina.%20Situacion%20actual.pdf [última consulta: 17 de julio de 2021].

83 CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, *Mejora normativa: análisis de Impacto*, Documento Conpes 3816, *op. cit.*, p. 15.

84 LUIS FERNEY MORENO CASTILLO, *Teoría de la regulación. Hacia un derecho administrativo de la regulación*, *op. cit.*, pp. 83-84.



la fecha en que termine la vigencia de la fórmula tarifaria y del documento que establece las bases sobre las cuales la comisión efectuará los estudios para determinar las fórmulas del período siguiente; (2) la publicación de los diferentes estudios, una vez se vayan realizando; (3) la publicación de las metodología y fórmulas junto con los estudios respectivos tres meses antes de la fecha prevista para que inicie el período de vigencia de la fórmula tarifaria; y (4) la difusión amplia de estas metodologías a través de un documento en lenguaje sencillo a divulgar mediante las gobernaciones y consultas públicas en distintos municipios y distritos.

Adicionalmente, la CREG debe dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 7.º de la Ley 1340 de 2009<sup>[85]</sup>, que establece la regla de abogacía de la competencia, según la cual los proyectos de regulación con incidencia en la libre competencia en los mercados deben ser remitidos a la Superintendencia de Industria y Comercio para su concepto.

De otra parte, es necesario considerar lo previsto en el Decreto 1609 de 2015, que modificó las directrices generales de técnica normativa. Si bien en principio este aplica a la elaboración de proyectos de decretos y resoluciones para la firma del presidente de la República, su artículo 2.1.2.1.21 extiende su aplicación a la expedición de resoluciones que no requieren dicha firma por parte de algunas autoridades del orden nacional, dentro de las cuales se halla la CREG, en aspectos como la elaboración, archivo y conservación de la memoria justificativa de la expedición del acto<sup>86</sup>; y la aplicación de los principios de claridad, precisión, sencillez y coherencia en la redacción de

85 "Además de las disposiciones consagradas en el artículo segundo del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados". Sobre la actuación de abogacía de la competencia, véase ANÍBAL ZÁRATE, "La protección constitucional de la rivalidad en el mercado como interés de las actuaciones administrativas en materia económica". En *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo. Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 716.

86 En lo que se refiere a la reducción de la asimetría entre el juez y el regulador es relevante señalar que la exigencia de una memoria justificativa constituye un avance respecto de la exigencia general a las comisiones de regulación prevista en el Decreto 2696 de 2004 de publicar un documento técnico, sobre todo porque el Decreto 1609 de 2015 exige un contenido mínimo: (1) los antecedentes y las razones de oportunidad y conveniencia que justifican su expedición; (2) el ámbito de aplicación del respectivo acto y los sujetos a quienes va dirigido; (3) la viabilidad jurídica, que deberá contar con el visto bueno de la oficina jurídica de la entidad o la dependencia que haga sus veces; (4) el impacto económico, si es el caso, el cual deberá señalar el costo o ahorro de implementación del respectivo acto; (5) la disponibilidad presupuestal, si fuere el caso; (6) de ser necesario, el impacto medioambiental o sobre el patrimonio cultural de la Nación; (7) el cumplimiento de los requisitos de consulta y publicidad previstos

los textos, entre otros aspectos. No obstante, pese a tratarse de un decreto expedido en agosto de 2015, la CREG actualmente se remite principalmente al numeral 8.º del artículo 8.º de la Ley 1437 de 2011, a su reglamento interno contenido en la Resolución CREG 039 de 2017 y a las disposiciones sobre abogacía de la competencia referidas<sup>87</sup>.

Ahora, en los documentos soporte de proyectos de resolución publicados en lo corrido de 2021, se identifica cómo a las resoluciones 002, 012 y 037 se allegan documentos soporte con el correspondiente análisis de impacto normativo o regulatorio<sup>88</sup>, sin que la Comisión siga para el efecto un parámetro uniforme. En este camino, en el caso particular de las comisiones de regulación, se hace necesaria una revisión del Decreto 2696 de 2004, específicamente para incorporar la exigencia del análisis de impacto normativo y su contenido, pero también para evaluar la necesidad de incluir mecanismos de verificación no judiciales.

## CONCLUSIONES

El control judicial a los actos administrativos expedidos por la Comisión de Regulación de Energía y Gas sigue planteando retos importantes. La CREG es una autoridad administrativa técnico-económica con varias dimensiones de autonomía, pero sin independencia del gobierno nacional, investida de facultades discrecionales. Si bien sus actos están sujetos al control judicial y la Ley 142 de 1994 refuerza la exigencia de motivación de los actos administrativos expedidos por las autoridades en materia de servicios públicos domiciliarios, la discusión sobre el alcance del control sobre la cual no parece haber consenso sigue siendo de total interés.

De cara al alcance del control se identifican principalmente dos posiciones. La primera, inclinada por un control pleno sobre los actos, a que a las amplias facultades con las cuales ha sido investido el regulador y ante la inexistencia de otro tipo de controles, el judicial debe ser un control reforzado, en condiciones de validar los motivos del acto y la racionalidad y proporcionalidad de la medida adoptada. En contraste con esta posición, con una mirada apoyada especialmente en el principio de separación de poderes y en el contenido técnico de los actos, otra visión defiende un control limitado,

en los artículos 2.1.2.1.13 y 2.1.2.1.14 del decreto; y (8) cualquier otro aspecto que la entidad remitente considere relevante o de importancia para la adopción de la decisión.

87 A manera de ejemplo, a la fecha, la CREG ha publicado para comentarios los proyectos de resolución en materia de energía eléctrica 002, 012, 021, 023, 037, 038, 059, 074, 082 y 085, y en ninguno se hace referencia al Decreto 1609 de 2015.

88 Al respecto, consúltense los documentos CREG 002, CREG 009 y CREG 029 de 2021.

acotado fundamentalmente a los aspectos reglados del acto, sin posibilidad de revisar el contenido sustancial de este y, concretamente, su motivación.

Si bien conceptualmente se identifican argumentos en respaldo de una u otra postura, el análisis en el contexto determinado de los actos de la CREG, cuyas funciones están encaminadas a la garantía de prestación de un servicio esencial, la promoción de la competencia, la calidad en la prestación de dicho servicio y la protección de los derechos de los usuarios, entre otros aspectos, y dadas unas características que no permiten ubicarla como una autoridad técnica independiente, estas deberían ser suficientes para descartar una renuncia anticipada de los jueces al control, como se evidenció en algunas de las sentencias analizadas.

La experiencia de control judicial frente a los actos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, en relación con el sector de energía eléctrica, es indicativa de que cuando se plantean controversias sobre aspectos reglados o relativas a la violación de normas superiores, el juez contencioso ha tomado decisiones de anulación de los actos e inclusive de suspensión provisional de estos. No obstante, la intensidad del control se reduce cuando los cargos de nulidad se refieren a los motivos del acto o a la proporcionalidad de la medida, como lo muestran los casos de las reconciliaciones positivas y el cargo por confiabilidad.

Aun cuando en los referidos casos no se evidencia una renuncia explícita al control y ello se resalta, el juez se repliega principalmente ante las situaciones de incertidumbre técnica, lo cual puede ser razonable, sin dejar de analizar aspectos tan relevantes como la motivación de los actos administrativos. Sin embargo, preocupan las manifestaciones explícitas en recientes pronunciamientos, pues se identificó la tendencia a la defensa de la inmunidad de los actos, más que de los límites fijados a todas las autoridades en un Estado social de derecho.

Las sentencias estudiadas son ilustrativas de la forma como, en la práctica, el control judicial en estos casos oscila entre el control pleno y la deferencia. En cualquiera de las alternativas, un factor relevante en el abordaje de estas controversias es la asimetría de información, entendida como la brecha existente entre la información de la que dispuso el regulador y aquella con la cual dispone el juez para decidir, pues en términos concretos el contenido de los antecedentes administrativos de tales medidas usualmente envuelve complejidades técnicas, frente a las que el control judicial se repliega.

A pesar de las medidas orientadas a la creación de instancias técnico-jurídicas de carácter administrativo propuestas en Colombia que puedan revisar las decisiones de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, su actual inexistencia exige mejores condiciones al juez para afrontar las controversias acá estudiadas. En este sentido, la calidad regulatoria, como proceso cualificado durante la elaboración de la regulación que demanda sustancialmente al regulador hacer explícitos los motivos de su decisión,

en particular a través de los análisis de impacto regulatorio y de abogacía de la competencia, puede tener efectos relevantes en el abordaje judicial de dichas discusiones, al instituirse en exigencia específica para aquellas autoridades con importantes facultades discrecionales como la CREG, a la vez que permite al juez contar con mejor información. El último, la finalidad de la calidad regulatoria descartaría o facilitaría identificar decisiones arbitrarias, desproporcionadas o carentes de motivación.

Desde la anterior perspectiva, se concluye cómo la calidad regulatoria constituye un aspecto notable dentro del análisis de legalidad de los actos de la CREG y, en tanto elemento sustancial del acto administrativo, su ausencia o presencia únicamente formal llevaría a la anulación de este. Por el contrario, su presencia sustancial permite al juez contar con elementos de juicio para determinar el alcance de su control. No se trata de que el juez sustituya al regulador en sus funciones, lo deseable es que una autoridad con tan relevantes competencias cumpla con especiales exigencias en la expedición de sus actos. En este contexto, el reto para el juez contencioso consiste entonces en ser el garante del cumplimiento con dicha calidad por parte de la autoridad reguladora.

## BIBLIOGRAFÍA

### DOCTRINA

ALONSO MAS, MARÍA JOSÉ. "Fiscalización jurisdiccional de las pruebas tipo test para el acceso a la función pública". *Revista de Administración Pública*, n.º 144, 1997.

ARIÑO ORTIZ, GASPAR. "El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho". *Revista de Administración Pública*, n.º 182, 2010.

BARNES, JAVIER, "Buena administración, principio democrático y procedimiento administrativo". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 21, 2018.

BLANCO BARÓN, CONSTANZA. "La información como instrumento de protección de los consumidores, los consumidores financieros y los inversionistas consumidores". *Opinión Jurídica*, vol. 11, n.º 21, 2012.

CARVAJAL SÁNCHEZ, BERNARDO. "¿Cómo asegurar la calidad regulatoria?". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, 2013.

CASSAGNE, JUAN CARLOS. "Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización". *Revista de Administración Pública*, n.º 151, 2002.

- CASSAGNE, JUAN CARLOS. "La prohibición de arbitrariedad y el control de la discrecionalidad administrativa por el poder judicial". *Revista Jurídica Argentina La Ley*, n.º 187, 2008. Disponible en: [http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La\\_prohibicion\\_de\\_arbitrariedad\\_y\\_el\\_control\\_de\\_la\\_discrecionalidad\\_administrativa\\_por\\_el\\_poder\\_judicial.pdf](http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/La_prohibicion_de_arbitrariedad_y_el_control_de_la_discrecionalidad_administrativa_por_el_poder_judicial.pdf) [última consulta: 2 de abril de 2021].
- CASSAGNE, JUAN CARLOS, Y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. *Temas del derecho público. Legalidad, discrecionalidad, sistema y control judicial*. Buenos Aires: IB de F, 2017.
- CHAMIE, JOSÉ FÉLIX. "Principios, derechos y deberes en el derecho colombiano de protección al consumidor". *Revista Derecho Privado*, vol. 24, 2013.
- GUINARD HERNÁNDEZ, DAVID. "La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 18, 2017 Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5010/5998> [última consulta: 31 de marzo de 2021].
- GONZÁLEZ LÓPEZ, ÉDGAR. *La potestad reglamentaria de las comisiones de regulación como autoridades administrativas independientes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.
- KAGAN, ROBERT A. "Las Cortes y el Estado administrativo: la evolución política del legalismo adversarial en los Estados Unidos". En Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al derecho administrativo. XIV Jornadas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- MARÍN HERNÁNDEZ, HUGO ALBERTO. "El debate sobre el alcance y los límites del control judicial del ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la doctrina española". *Revista Derecho del Estado*, n.º 13, 2002.
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. "La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 23, 2014.
- MONTERO PASCUAL, JUAN JOSÉ. *Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- MORENO CASTILLO, LUIS FERNEY. *La tríada regulatoria en América Latina*. En Luis Ferney Moreno Castillo (dir.) y Luis A. Ortiz Zamora (coord.). *Anuario Iberoamericano de Regulación. Hacia una regulación inteligente*. Bogotá: Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - Universidad Externado de Colombia. 2019.

MORENO CASTILLO, LUIS FERNEY. "Precedente judicial y administrativo en la regulación económica colombiana". *Revista Derecho del Estado*, n.º 37, 2016.

MORENO CASTILLO, LUIS FERNEY. *Teoría de la regulación. Hacia un derecho administrativo de la regulación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

OSPINA GARZÓN, ANDRÉS FERNANDO. "Separación de poderes y derecho administrativo: En la búsqueda de la partícula de Dios". En Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.). *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2014.

PERDOMO VILLAMIL, CAMILO. "Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)". *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 12, 2014.

PERDOMO VILLAMIL. CAMILO. "Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática". En Julián Andrés Pimiento Echeverri (ed.), *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo. Las dimensiones del control sobre la actividad administrativa*, t. 3, *Homenaje al profesor Luciano Vandelli*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2019.

PÉREZ ALONSO, JORGE. "¿El ocaso de Chevron? Auge y fracaso de la doctrina de la deferencia". *Revista de Administración Pública*, n.º 184, 2011.

*El Tiempo*. "Las travesuras de El Niño en Colombia", 2 de febrero de 1998. Disponible en: <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-740282> [última consulta: 6 de junio de 2021].

RODRÍGUEZ PONTÓN, FRANCISCO JOSÉ. "Control judicial de las autoridades reguladoras: ¿deferencia o desautorización?". En Fernando López Ramón y Julián Valero Torrijos (coords.). *20 años de la ley de lo contencioso-administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2019.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1994.

SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. "Sobre la discrecionalidad técnica y la sana crítica (Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 7.ª, del 16 de diciembre de 2014, dictada en recurso de casación 3157/2013)". *Revista de Administración Pública*, n.º 197, 2015.

SANTOFIMIO GAMBOA, JAIME ORLANDO. *Compendio de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2017.

SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. "La justicia administrativa desde la perspectiva de los postulados de la reforma del derecho administrativo en Alemania". En Alberto Montaña Plata y Andrés Fernando Ospina Garzón (eds.), *100 años de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Justificación, retos y aporte al derecho administrativo. XIV Jornadas de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

STIGLITZ, JOSEPH E. "La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica". *Revista Asturiana de Economía*, n.º 25, 2002.

VENTURA RODRÍGUEZ, MANUEL ENRIQUE. *Deferencia y discrecionalidad, control judicial y el debilitamiento del Poder Ejecutivo en el derecho administrativo* (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Público del Estado, 2010.

ZÁRATE, ANÍBAL. "La especialidad relativa de la potestad sancionadora en materia de servicios públicos domiciliarios". En Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón López (eds.), *El poder sancionador de la administración pública: Discusión, expansión y construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

ZÁRATE, ANÍBAL. "La protección constitucional de la rivalidad en el mercado como interés de las actuaciones administrativas en materia económica". En *Las transformaciones de la Administración pública y del derecho administrativo. Constitucionalización de la disciplina y evolución de la actividad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

ZÁRATE, ANÍBAL, Y CAMILO PERDOMO VILLAMIL. "El deber de información como presupuesto procedimental para el ejercicio de la potestad reglamentaria en Colombia". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, vol. 19, n.º 76, 2019.

## JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional, sentencia C-1162 del 6 de septiembre de 2000, expediente D-2863.

Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto Rad. 1001-03-06-000-2016-00066-00 (2291) del 14 de septiembre de 2016.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, auto Exp. 11001-03-24-000-2013-00677-00 del 19 de diciembre de 2018.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Rads. 1100103240020030025401 y 1100103240020030053701 del 16 de febrero de 2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Rad. 1100103240002002007001 del 23 de agosto de 2012.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia Exps. acumulados 11001-03-24-000-2001-00090-01 y 11001-03-24-000-2002-00122-01 del 14 de julio de 2017.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia Rad. 11001-03-26-000-1998-05354-01(16257) del 2 de mayo de 2007.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia Rad. 11001032600020040003 del 30 de julio del 2008, Corporación Liga de Usuarios de Servicios Públicos de Barranquilla contra Comisión de Regulación de Energía y Gas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia Rad. 27001-23-31-000-2004-00699-01(35783) del 30 de mayo de 2019.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión 26, sentencia Rad. 11001-03-15-000-2020-01743-00 (acumulados) del 26 de marzo de 2021.